

A. I. N° - 300199.0002/03-3
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS, RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR E
EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP
INTERNET - 07. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0144-04/04

EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CONSIGNADOS NO DAICMS E NO RELATÓRIO ANALÍTICO. Não comprovado pelo sujeito passivo que as diferenças se referem a descontos incondicionais concedidos a clientes. Infração caracterizada. b) SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES OFERECIDOS INDEVIDAMENTE À TRIBUTAÇÃO DO ISS. O ICMS não só incide sobre os serviços de telecomunicações, mas, também, em relação às parcelas cobradas pelo prestador dos serviços aos seus clientes a título de locação de equipamentos, sem os quais é impossível a realização da comunicação. c) RECEITAS ORIUNDAS DE LIGAÇÕES INTERNACIONAIS – DDI. Nas prestações de serviços de comunicação tipo DDI, há previsão na legislação da incidência do ICMS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. a) ENERGIA ELÉTRICA. b) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. De acordo com a legislação, é vedada a utilização como crédito fiscal, o imposto incidente sobre as aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, quando as operações subseqüentes forem isentas ou não tributadas. c) SAÍDAS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE, CUJO RETORNO NÃO FOI COMPROVADO. c.1) PARA CONserto. c.2) A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. c.3) A TÍTULO DE TRANSFERÊNCIA PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA SITUADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. c.4) A TÍTULO DE OUTRAS SAÍDAS. Infrações caracterizadas, tendo em vista que os documentos fiscais que serviram de base do lançamento comprovam as remessas de bens do Ativo Fixo sem os respectivos retornos. Cabível o estorno do crédito. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Nas operações de vendas de sucata, há incidência do ICMS. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade e não acolhida a arguição de decadência de parte do lançamento fiscal. Não compete aos órgãos julgadores administrativos a arguição de inconstitucionalidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige ICMS no valor de R\$29.827.559,30, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher imposto no valor de R\$271.363,92, relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado através do cotejo da DAICMS e o Relatório de Faturamento Analítico – IMP946R1 – Receitas tributadas;
2. Como nos termos do item anterior, no valor de R\$568.417,22, relativo à prestação de serviços de comunicação, o qual foi oferecido, indevidamente, à tributação do ISS;
3. Deixou de recolher imposto no valor de R\$19.922,70, relativo à prestação de serviços de comunicação, apurado através da diferença entre os valores considerados como não tributados nos Relatórios de Faturamento Analítico IMPR933 e o Sintético IMP71R01;
4. Deixou de recolher imposto no valor de R\$15.773.181,90, relativo à prestação de serviços de comunicação, o qual com base no Convênio nº 69/98, é tributado pelo ICMS, porém, foi lançado no Relatório de Faturamento Analítico – IMPR93, como tributado pelo ISS;
5. Como nos termos do item anterior no valor de R\$6.999.119,05, idem;
6. Deixou de recolher imposto no valor de R\$2.309.141,07, relativo à prestação de serviços de comunicação, o qual foi oferecido à tributação do ISS. Trata-se de serviços descritos como Aluguel de Equipamentos, os quais são indispensáveis para que ocorra a prestação de serviços de telecomunicações, com base no Convênio nº 69/98, portanto, tributados pelo ICMS;
7. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$11.602,35, referente à aquisição de energia elétrica, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos e não tributados;
8. Como nos termos do item anterior no valor de R\$696,49, referente à aquisição de serviço de comunicação, em decorrência de prestação de serviços de telecomunicações isentos e não tributados;
9. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$364.960,94, referente a saídas de bens do ativo permanente enviado para conserto, cujo retorno não foi comprovado;
10. Como nos termos do item anterior no valor de R\$94.243,90, referente a saídas de bens do ativo permanente enviado para conserto, cujo retorno foi parcialmente comprovado;
11. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$23.338,00, referente a saídas de bens do ativo permanente a título de empréstimo, cujo retorno não foi comprovado;
12. Como nos termos do item anterior no valor de R\$1.031.828,42, referente a transferências de bens do ativo permanente para empresa, cujo retorno não foi comprovado;
13. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal no valor de R\$650.734,30, referente a saídas de bens do ativo permanente escrituradas como outras saídas, cujo retorno não foi comprovado;
14. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$114.101,22, pelo fato de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Trata-se de saídas de sucatas do estabelecimento da empresa;
15. Deixou de recolher imposto no valor de R\$1.594.907,82, relativo à prestação de serviços de comunicação. Trata-se de receitas oriundas de ligações internacionais, cujos serviços foram faturados e cobrados pela Telemar de seus assinantes, os quais foram por ela repassados ao autuado;

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa, fls. 3283 a 3348 dos autos, alegou, inicialmente, a decadência parcial do crédito tributário, oportunidade em que transcreveu o teor do art. 150 e seu § 4º, do Código Tributário Nacional.

De acordo com o autuado, o dispositivo acima citado prescreve um tratamento diferenciado ao tema da decadência, conforme a espécie de lançamento a que esteja sujeito o tributo.

Salienta existir no Código Tributário Nacional, dois regimes decadenciais distintos. O primeiro, previsto no art. 150, § 4º, aplicável aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo prazo de 5 (cinco) anos conta-se da data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, enquanto o segundo, está previsto no art. 173, que é válido para os tributos sujeitos a lançamento de ofício ou declaração, cujo prazo é também de 5 (cinco) anos, porém, a sua contagem inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter ocorrido. Cita entendimento da lavra de eminente mestre, segundo o qual, é inadmissível a constituição do crédito tributário para os tributos sujeitos a lançamento por homologação depois de transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da ocorrência do fato gerador, além de decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como de tribunais administrativos sobre o tema, em apoio ao seu argumento.

Assevera que, embora sejam despiciendas maiores digressões a respeito, para que não restem dúvidas acerca da aplicação, no presente caso, do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, torna-se necessário consignar o fato de que o ICMS é tributo sujeito à homologação, portanto, se subsume a incidência do regime decadencial aqui exposto, oportunidade em que citou doutrina a respeito.

Sustenta que os autuantes jamais poderiam arrolar no presente lançamento valores a título de imposto, envolvendo fatos geradores ocorridos anteriormente ao mês de outubro/98, uma vez que a empresa somente foi notificada da constituição do crédito tributário em 06/10/2003.

Ao encerrar o seu arrazoado no tocante à decadência, o autuado solicita que a mesma seja reconhecida parcialmente, no sentido de que o crédito tributário constituído anterior a outubro/98 seja liminarmente desqualificado.

Adentrando no mérito da autuação, o autuado disse que para melhor demonstrar as suas razões de defesa, atacará separadamente cada uma das infrações que lhes foram imputadas ou, quando for o caso, em virtude da matéria envolvida e da capitulação legal utilizada pelos autuantes, o fará em conjunto.

Com relação às infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06, o autuado após transcrever os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos pelos autuantes e da multa aplicada, com base na Lei nº 7014/96, reproduziu o teor do art. 42, seu inciso II e sua alínea “a”, da referida lei.

Segundo o autuado, os autuantes, com o objetivo de justificar o crédito tributário supostamente devido pela empresa, utilizaram-se de uma sistemática que, ao final, acabou por tributar receitas auferidas, como se as mesmas fossem decorrentes de fatos geradores do ICMS, já que não se aprofundaram nas características dos produtos oferecidos, bem como na elaboração dos documentos fiscais e de suporte.

Ressalta que, durante todo o período em que esteve sob fiscalização, à empresa, em momento algum, deixou de fornecer as informações necessárias para que os autuantes pudessem ter pleno conhecimento dos produtos por ela oferecidos, bem como sobre a forma como os submete à tributação.

Salienta que os autuantes consideraram todas as receitas auferidas pela empresa como tributadas pelo ICMS, a exemplo das receitas decorrentes da locação de equipamentos (bens móveis) e da prestação de serviços de comunicação a entidades e órgãos isentos.

Aduz que na elaboração do Auto de Infração, os autuantes tomaram como base o Demonstrativo Sintético de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP71R01) e o Demonstrativo Detalhado de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP930R1), oportunidade em que elaborou planilhas a título exemplificativo às fls. 3291 a 3293, além de descrever o significado de cada item nelas consignadas.

Frisa que os relatórios acima, como bem diz o nome, servem, em verdade, para suporte e detalhamento de outros documentos elaborados pela empresa, como o Documento de Arrecadação do ICMS

(DAICMS) – documento fiscal utilizado pelos autuantes como ponto inicial para o lançamento, fato que demonstra que foram consideradas todas as suas receitas como base de cálculo do ICMS.

Às fls. 3294 a 3297, o autuado fez uma explanação acerca de como são oferecidos os seus produtos e da forma como os submete a tributação.

Em razão dos fatos acima, o autuado diz ser imperiosa uma análise criteriosa dos serviços autuados, tidos como serviços de comunicação, de modo a que reste demonstrado que estes não podem ser considerados como tais e, conseqüentemente, não devem suportar a incidência do ICMS.

No tocante às infrações 05 e 06, o autuado alega que os autuantes ao tributarem as receitas utilizadas como base de cálculo para o recolhimento do ISS, acabou por elencar como serviços sujeitos à tributação pelo ICMS vários serviços alheios ao seu campo de incidência, como é o caso da locação de equipamentos, serviços de engenharia e manutenção, os quais são contratados pelos clientes da empresa, independentemente dos serviços de comunicação que lhe está sendo prestado.

Transcreve o teor das infrações que lhes foram imputadas pelos autuantes e diz que quando presta um determinado serviço de comunicação, oferece ao cliente a possibilidade de alugar equipamentos (tais como antena “VSat”), que poderão auxiliar ou incrementar os serviços de comunicação prestados, ou o cliente pode optar em se utilizar dos equipamentos que dispõe ou, ainda, alugar os referidos equipamentos de outra empresa. Exemplifica a fl. 3299, como se processa a contratação de um determinado serviço entre a empresa e o cliente.

Explica que, se o cliente optar por alugar os equipamentos de propriedade da empresa, além do valor pago pelo serviço de comunicação contratado, o cliente deverá pagar determinado valor pelo aluguel dos equipamentos.

Frisa que a receita auferida pela empresa com o serviço de comunicação prestado ao cliente é submetido à tributação pelo ICMS, enquanto a receita decorrente do aluguel dos equipamentos é oferecida à tributação pelo ISS, em obediência ao quanto disposto no Decreto-Lei nº 406/68, o qual foi revogado pela Lei Complementar nº 116.

Argumenta que os autuantes não podem exigir da empresa recolhimento de ICMS sobre serviços que não se encontram no âmbito de incidência desse imposto e mais: não podem justificar essa exigência com base no que dispõe o Convênio ICMS nº 69/88, o qual é inconstitucional.

Às fls. 3302 a 3303, o autuado transcreveu decisões do Supremo Tribunal Federal e da 1ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, para embasar o seu argumento.

Ao finalizar, em relação às infrações 05 e 06, o autuado disse não restar dúvidas a respeito da manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade das referidas infrações e da necessidade da desconstituição do crédito tributário exigido.

No tocante à Infração 04, o autuado afirma que os autuantes, após analisarem os relatórios entregues pela empresa no curso da ação fiscal, tributaram pelo ICMS todas as quantias constantes para cada produto, da coluna “Valor não Tributável”, como se tais receitas se referissem a verdadeiros serviços de comunicação, com base no entendimento firmado pelo Convênio ICMS 69/88, oportunidade em que transcreveu o teor da acusação fiscal.

Sustenta que não há como prevalecer à infração, uma vez que os valores relacionados se referem:

- I - a serviços prestados a pessoas jurídicas que gozam do benefício da isenção;
- II - a caso de diferimento do ICMS, em virtude dos Convênios ICMS nºs 04/89 e 126/98;

III - a serviços que não são caracterizados como serviços de comunicação e que também não estão sujeitas à tributação pelo ISS, como é o caso do provimento de capacidade satelital ou aluguel de bens imóveis.

Salienta que os autuantes, ao relacionarem os valores correspondentes à infração, desconsideraram o fato de que vários tomadores de serviços de comunicação prestados pela empresa estão amparados por regra isentiva, quais sejam: repartições consulares, representações de organismos internacionais, seus respectivos funcionários, órgãos da administração pública e outros.

Alega que os autuantes, também não consideraram que dentre os valores constantes na coluna “Valor Não Tributável”, que existiam diversos serviços prestados a outras empresas de comunicação e que, como será demonstrado, não podem ser levados à tributação do ICMS ante o diferimento previsto na legislação.

De acordo com o autuado, o Ministro da Fazenda, juntamente com os Secretários de Fazenda de todos os Estados e do Distrito Federal, através do Convênio ICMS nº 126/98, concedeu regime especial para as empresas listadas em seu anexo único, oportunidade em que transcreveu o teor da sua Cláusula Décima.

Com base no disposto na cláusula acima, diz que quando os serviços de telecomunicações forem prestados a outra empresa de comunicação para serem utilizados por esta última como meio para a prestação de seu próprio serviço ao cliente final, o ICMS na primeira operação não será devido, incidindo apenas na operação final.

Assevera que tais situações poderiam ter sido verificadas, bastando, para tanto, que os autuantes utilizassem o Relatório IMPR933, onde encontrariam todos os clientes, como por exemplo: Telecomunicações da Bahia S/A – TELEBAHIA; Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS; MAXITEL S/A, etc., com os valores faturados que compuseram a coluna “Valor Não Tributável”.

Com base no argumento acima, pede a nulidade da infração 4.

Ainda em relação à infração 4, o autuado alega que com exceção dos valores constantes nos itens III.1.4.1 e III.1.4.2 acima, todos os demais relacionados, referem-se à receitas decorrentes da prestação de serviços alheios ao campo de incidência do ICMS, bem como do ISS, dentre os quais os serviços de capacidade satelital e aluguel de imóveis, oportunidade em que descreveu a fl. 3309 como os satélites são explorados pela empresa, cuja atividade caracteriza-se como uma autêntica locação de “coisa” e não uma prestação de serviço de comunicação.

Frisa que, diante da exposição acima, resta demonstrado que a infração 4, viola frontalmente a norma constitucional que prevê a incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, uma vez que ao considerar os serviços de locação de capacidade de satélite e locação de bens imóveis como sendo serviços de comunicação, alarga, sem qualquer justificativa, o âmbito de incidência do ICMS previsto na legislação complementar.

Acerca das infrações 04, 05 e 06, o autuado aduz ser inaplicável o Convênio ICMS nº 69/88, relativo ao período anterior a sua edição (29/06/98).

Salienta que, apesar de ter sido indubitavelmente demonstrada a inconstitucionalidade do referido convênio, fato, que por si só, ensejaria a anulação das infrações 04, 05 e 06, todavia, na remota hipótese dos integrantes da Junta de Julgamento Fiscal não entenderem dessa forma, diz que o mesmo não poderia ter aplicação retroativa à data de sua edição, ou seja, em período anterior a 29/06/98, cujos créditos constituídos devem ser anulados.

Com referências às infrações 03 e 01, o autuado argumenta que toda e qualquer diferença apontada pelos autuantes, teve por fundamento os descontos incondicionais concedidos pela empresa a seus

clientes, descontos estes que somente estavam incluídos como item de subtração das bases e imposto a pagar no DAICMS e não nos relatórios suportes.

À fl. 3314 o autuado descreveu como são concedidos os descontos a seus clientes, oportunidade que citou entendimento de autor que indica.

Sustenta que foram justamente esses descontos, prática usual na prestação de serviços, que reduziram os valores transportados para o DAICMS e desconsiderados pelos autuantes quando da comparação com os relatórios suporte.

Com referência à infração 2, o autuado explicou que, por efetuar recolhimentos do ISS para três municípios do Estado da Bahia, o que enseja para cada um desses a geração de um Relatório Analítico (IMP930R1), fica simples compreender que a suposta diferença apurada pelos autuantes se deve ao fato de que na coluna “Valor Isento” do referido relatório por eles utilizados constar somente os valores submetidos à tributação pelo ISS recolhidos pela empresa no município de Salvador, ao passo que na coluna “Valor Isento” do Relatório Sintético (IMP71R01), estão consignados os valores recolhidos para todos os municípios.

Sobre as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06, o autuado alega erro quanto à divisão do imposto exigido, já que caso venha a ser entendido que todas as receitas autuadas se referem a verdadeiros serviços de comunicação, sujeitando-se à incidência do ICMS, hipótese em que se admite para argumentar, a empresa demonstrará que tal linha de raciocínio importaria em retificação da base tributável apurada nas referidas infrações.

Transcreve o teor da Cláusula Quinta do Convênio ICMS nº 04/89, bem como do § 2º, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 126/88, que o substituiu, o qual ainda encontra-se em vigor.

Argumenta que, da leitura dos textos normativos acima, verifica-se que o ICMS supostamente devido em cada prestação de serviço deverá ser partilhado igualmente entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação envolvidas no suposto tráfego comunicativo.

Salienta que os autuantes acreditaram que os valores lançados e oferecidos à tributação pelo ISS são efetivos serviços de comunicação de forma equivocada, já que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não poderia exigir o recolhimento do ICMS sobre o valor total da operação, sob pena de ferir-se normas específicas (normas de integração) e, bem assim, adentrar-se na competência tributária de outras unidades da Federação.

Solicita, no caso de ser verificada a hipótese de serviços não medidos e prestados em diversas unidades da Federação, a retificação do valor do crédito tributário exigido neste Auto de Infração.

Acerca das infrações 07 e 08, o autuado após transcrever os termos da acusação fiscal e citar os dispositivos do RICMS tidos como infringidos pelos autuantes, disse improceder a acusação, conforme demonstrará adiante.

Ressalta que, antes de adentrar na discussão da legitimidade do lançamento, aduz que as infrações imputadas não poderiam ter sido arroladas na autuação, pelo fato das mesmas já terem sido objeto de lançamento anterior, através do Auto de Infração nº 279692.0003/02-8 (Doc. 02), oportunidade em que transcreveu o teor dos arts. 145 e 149 e de seus incisos, do Código Tributário Nacional, bem como comentário de autor que indica sobre a “Inalterabilidade do lançamento”.

Alega que, por restar demonstrado que as infrações 07 e 08 já tinham sido objeto de lançamento anterior, outra não pode ser a decisão a ser tomada pelos julgadores, senão a de declarar nulo o procedimento fiscal em relação a tais itens.

Salienta que, apesar da impropriedade da exigência em relação aos itens acima, quer demonstrar que, no mérito, também é inequívoca a improcedência da autuação, como, aliás, já reconheceu o próprio CONSEF em lançamento idêntico lavrado contra a empresa.

Segundo o autuado, os autuantes entenderam que a empresa por haver prestados serviços de telecomunicações isentos ou não tributados, deveria ter promovido o estorno dos créditos relativos à entrada de energia elétrica e de serviços de comunicação utilizados para a prestação dos referidos serviços de telecomunicações.

Frise que, além de erros cometidos pelos autuantes quando da elaboração dos demonstrativos das infrações, insta destacar os conceitos e premissas por eles utilizados, já que se basearam nos Demonstrativos Sintéticos de Arrecadação do ICMS (Relatório IMP71R01), o qual é formada por diversas outras colunas, entre elas as denominadas “Isenta” e “Não tributável”.

Argumenta que os autuantes ao considerar que nas colunas “Isenta” e “Não Tributável” estariam supostamente refletidos verdadeiros serviços de telecomunicações prestados pela empresa, não tributáveis pelo ICMS (saídas isentas ou não tributadas), entenderam os mesmos terem encontrado quantias a serem estornadas dos créditos apropriados a título de entradas relativas a energia elétrica e serviços de comunicação.

Destaca que, conforme já amplamente delineado nos tópicos anteriores, que os valores constantes na coluna “Isenta” e “Não Tributável” dos Demonstrativos Sintéticos de Apuração do ICMS, não se referem a saídas de serviços de telecomunicações não tributados ou isentos, mas, isto sim, a atividades como aluguel de equipamentos ou imóveis, serviços de manutenção, etc.

Assevera que, diferentemente do entendimento dos autuantes, os valores considerados como saídas de serviços de telecomunicações não tributados ou isentos, para fins de estorno dos créditos de entradas, relativas a energia elétrica ou serviço de comunicação, não se configuram, como já demonstrado a exaustão, em verdadeiros serviços de telecomunicação.

Argumenta restar demonstrada a total falta de zelo dos autuantes ao elaborarem o Auto de Infração, cujo procedimento deverá ser cancelado de plano, uma vez que o lançamento anterior já foi objeto de julgamento improcedente através do Acórdão JJF nº 0076-02/03.

Com relação às infrações 09 a 13, o autuado disse que os autuantes entenderam que houve infração ao art. 100, § 7º, do RICMS, cujo teor transcreveu, além dos seus incisos I e II e de suas alíneas “a” a “d”, o que, no seu entendimento, trata-se de um equívoco indisfarçável.

Aduz inexistir a infração, na medida em que não ficou comprovada a desincorporação ou baixa dos bens no seu livro de controle do ativo permanente, notadamente o CIAP e a conseqüente “alienação”, nos termos do dispositivo acima.

Argumenta que o trabalho fiscal partiu de um sofisma, pelo fato de não ter identificado as respectivas notas de retorno dos bens, teriam os mesmos sido “alienados”, quando na verdade os referidos bens continuam a integrar o ativo permanente.

Às fls. 3327 a 3328, o autuado transcreveu o teor de uma resposta de consulta formulada por um contribuinte a Secretaria da Fazenda do Estado de S. Paulo, de como proceder ao cálculo do estorno sobre bens do ativo permanente utilizados para produzir mercadorias cujas saídas sejam isentas ou não tributadas.

Sustenta que os autuantes ao afirmarem que “o contribuinte não efetuou o estorno do crédito fiscal”, partiram de uma premissa equivocada, na medida em que, ao invés de verificar as respectivas entradas, o que se vê nos anexos 9 a 13 do Auto de Infração, foi à inclusão de notas de saída de bens para

conserto, reparo, transferência, para serviços em clientes, entre outras, cujas notas se referiam a mercadorias adquiridas com a apropriação do crédito fiscal.

Assegura que a afirmativa acima dos autuantes trata-se de uma mera suposição, já que contraria o disposto no art. 142, do CTN, o qual exige que a atividade administrativa indique precisamente a matéria tributável, especialmente se considerando que grande parte desses bens foram adquiridos no período anterior a Lei Complementar nº 87/96, fato que o impossibilitou a apropriação do crédito fiscal sobre a operação.

Questiona a alíquota de 7% aplicada pelos autuantes para o cálculo do estorno do crédito, sob o argumento de não ter sido comprovada a origem, a data, o montante e a natureza das entradas, quando deveria ter sido aplicado sobre o percentual residual, conforme prescreve o art. 100, parágrafo 1º, do RICMS.

Por fim, em relação às infrações 9 a 13, o autuado alega restar demonstrado que não havia motivo para a glosa do crédito, pelo fato de não ter sido comprovado a sua apropriação quando das entradas dos bens, sendo improcedente a capitulação prescrita no art. 100, § 7º, I e II, do RICMS, cujo lançamento deve ser cancelado.

No tocante à infração 14, o autuado aduz inexistir disposição expressa na legislação do Estado da Bahia quanto à venda de sucata, cujas saídas ocorreram sem o recolhimento do tributo e diz que a natureza dos bens se trata de ativo permanente da empresa, os quais foram adquiridos há muito mais de um ano, fato que pode ser comprovado através dos documentos ora anexados (doc. 04).

Ao encerrar os argumentos defensivos quanto à infração 14, o autuado requer a insubsistência do lançamento.

Sobre a infração 15, o autuado, inicialmente, alegou ausência de responsabilidade tributária para exigir da empresa ICMS sobre ligações internacionais.

Argumenta que, para facilitar a compreensão do regime jurídico a que se submetiam as prestações dos serviços de comunicação no período objeto da autuação, que abrangeu os meses de janeiro a setembro/98, principalmente no que concerne às relações mantidas entre a empresa e as operadoras de telefonia local, entende necessário traçar um breve histórico das normas que regiam as atividades das empresas envolvidas.

Para tanto, o autuado discorreu às fls. 3332 a 3338 acerca da matéria e disse que os autuantes não poderiam atribuir a empresa legitimidade passiva tributária no período compreendido entre janeiro a setembro/98, pelo fato de não ser o mesmo prestador do serviço de comunicação internacional – “DDI”.

Esclarece que em 02/06/98, tornou-se concessionária para prestar serviços de comunicação, no entanto, tal atividade somente foi iniciada e efetivada a partir de 01/01/2000, quando a empresa finalmente considerou-se apta a desempenhar todas as atividades relacionadas com àquela prestação de serviços, conforme a própria regulamentação em vigor à época.

Sustenta que se competia às empresas operadoras de telefonia local a realização de todas as atividades relacionadas à prestação dos serviços de comunicações, inexistem dúvidas quanto ao fato de serem estas, quem, efetivamente, prestavam o serviço de comunicação internacional (“DDI”) até 31/12/99, motivo pelo qual as mesmas seriam as responsáveis pelo recolhimento dos tributos devidos, entre os quais, o “ICMS”.

Assevera que por não ser a empresa quem desenvolvia as atividades previstas para a ocorrência do fato gerador do “ICMS”, tampouco era a responsável pelo seu recolhimento, já que tal responsabilidade cabia a quem desenvolvia as atividades inerentes à prestação de serviços de comunicações, ou seja,

cabia a quem faturava, cobrava, arrecadava e, sobretudo, mantinha relação comercial direta com o usuário daquele serviço, no caso, a operadora de telefonia local (TELEBAHIA).

Ainda em relação à infração 15, o autuado aduziu que dada à complexidade inerente a prestação de serviços de comunicações, principalmente quando envolve áreas distintas de atuação de cada empresa operadora de telefonia, freqüentemente, essas empresas necessitam compartilhar o uso de redes de telecomunicações (meios) de outras empresas, a fim de que possam completar e viabilizar o serviço ao seu usuário (tomador do serviço).

À fl. 3340 o autuado exemplificou como se processa o faturamento de uma ligação de um telefone móvel para um fixo, cujo ICMS incide sobre o total da remuneração devida tanto sobre a parte que compete à empresa operadora de telefonia móvel, quanto sobre a parcela que deve ser repassada a TELEBAHIA, em razão da cessão de rede de telecomunicações (meios).

De acordo com o autuado, em razão do mecanismo acima, criou-se uma substituição tributária “disfarçada”, onde o que existe, em verdade, é um diferimento, para uma única etapa do “ICMS” incidente sobre toda a prestação de serviço de comunicação, qual seja, o momento da cobrança pelo serviço prestado ao usuário final.

Sustenta não ser o valor que lhe cabe ser isento ou livre de tributo, pois, em razão do diferimento expresso no Convênio ICMS nº 04/89 e mantido pelo de nº 126/98, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo incidente sobre toda essa cadeia de uso de rede de telecomunicações compartilhada, é da empresa prestadora de telefonia que presta serviço ao usuário final, no caso a TELEBAHIA.

À fls. 3342 o autuado elaborou um fluxograma, para demonstrar como se processava a tributação até 31/12/99 e a partir de 01/01/2000.

Prosseguindo em seu arrojado, o autuado aduziu que não se pode dar às prestações de serviços de telecomunicações na modalidade “DDI”, tratamento tributário diverso do que é dada a modalidade “DDD”, já que ambas até 31/12/99 eram prestadas pela empresa operadora de telefonia local (TELEBAHIA), a qual cobrava/bilhetava e recolhia o ICMS, de acordo com a norma do diferimento, oportunidade em que fez a seguinte indagação: Por quê jamais se questionou a responsabilidade da empresa operadora de telefonia local pelo recolhimento do “ICMS” incidente sobre as prestações de comunicações nacionais – “DDD”, até 31/12/99?

Segundo o autuado, a resposta reside no fato de que, como não havia nenhum questionamento acerca da isenção do serviço de comunicação nacional – “DDD”, ou seja, como não havia dúvida quanto à incidência do “ICMS” sobre tal serviço, a empresa operadora de telefonia local (TELEBAHIA) nunca deixou de recolher o imposto devido.

Argumenta que em relação às prestações de serviços de comunicações internacionais – “DDI”, a empresa operadora de telefonia local, em virtude do art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, não recolhia o “ICMS” sobre elas incidente, circunstância que demonstra tentar eximir-se de sua responsabilidade para transferi-la ao impugnante.

Assevera que uma simples análise pericial nos livros fiscais da TELEBAHIA, a ser requerida, comprovará que até 31/12/99, a mesma escriturou e registrou a obrigação de recolhimento do “ICMS”, tendo, no entanto, optado por não efetuar o recolhimento do tributo sobre as prestações de serviços de comunicação internacional.

Frisa que, a partir de 01/01/2000, a empresa passou a ser responsável pelas prestações de serviços de comunicações nacional e internacional, de acordo com as resoluções expedidas pela ANATEL, cujo faturamento foi devidamente escriturado para fins de recolhimento do “ICMS” incidente sobre as mesmas.

Às fls. 3345 a 3347, o autuado transcreveu o teor de decisões proferidas por Conselhos de Contribuintes dos Estados de Minas Gerais e Sergipe, para demonstrar que os autuantes não poderiam atribuir a empresa como sujeito passivo da obrigação tributária e para exigir imposto sobre prestação de serviços de comunicações internacionais que não realizou.

Ao finalizar, requer o acolhimento da alegação de decadência parcial do lançamento relativamente aos fatos geradores anteriores ao mês de outubro/98, bem como das razões aduzidas, para reconhecer a improcedência da autuação, com o conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 3403 a 3456 dos autos, transcreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal.

Em seguida, com relação à alegação defensiva de decadência parcial do crédito tributário, com base em seu entendimento e em decisões judiciais, transcreveram o teor do art. 965, do RICMS/97 e de seus incisos I e II, bem como do seu parágrafo único, que tem a seguinte redação:

“Art. 965. O direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco (5) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houve anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

De acordo com os autuantes, os trabalhos de fiscalização foram iniciados e concluídos no curso do exercício de 2003, referente às operações realizadas pelo autuado nos exercícios de 1998 a 2000, portanto, dentro do prazo decadencial.

Acerca das decisões judiciais citadas pelo autuado sobre a decadência, aduzem não ser de suas competências, pelo fato de deverem obediência ao RICMS, por responsabilidade funcional.

Com referência a defesa formulada, os autuantes assim se manifestarem para contraditá-la.

Infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06 - Esclarecem que o autuado busca encontrar amparo através de argumentações de seu representante legal, porém, em nenhum momento apresenta documentos ou provas suficientes para descaracterizar as infrações apuradas, oportunidade em que fizeram um resumo das alegações defensivas.

Sobre as alegações do autuado relativo aos itens 01 e 02, em que o mesmo mistura e confunde as infrações 01 e 03, esclarece que as infrações não apresentam características comuns, pois, na infração 1 foi exigido imposto pela diferença entre o DAICMS e o Relatório de Faturamento Analítico – Receitas Tributáveis, enquanto na infração 03, foi cobrado imposto com base na diferença detectada entre os valores constantes nos Relatórios de Faturamento Analítico e Sintético – Receitas não Tributadas. Frisam que o contribuinte em momento algum teceu comentários a respeito da infração 3, posto que somente se defendeu da diferença apurada entre os Relatórios Analíticos e o DAICMS, motivo pelo qual entendem que a mesma foi integralmente acatada pelo autuado.

Continuando em sua informação, os autuantes disseram que para apurarem os valores constantes no Auto de Infração, utilizaram o Portifólio de Serviços de Telecomunicações fornecido pelo autuado (ver fls.126 a 147), que é um descritivo dos serviços ofertados pelo mesmo e de como eram oferecidos à tributação. Aduzem terem também utilizados os Relatórios de Faturamento Analítico, Sintético e o DAICMS fornecidos pelo contribuinte, em cujos relatórios são discriminados de modo claro e

detalhados, todos os serviços de telecomunicações prestados aos seus clientes, além de consignarem os valores que foram oferecidos a tributação ou considerados isentos ou não tributáveis.

Salientam que no curso da fiscalização tiveram muito cuidado e paciência, como se pode observar nas diversas intimações e re-intimações entregues ao autuado (totalizaram 23 - ver fls. 44 a 107), tendo o autuado feito de tudo para postergar e não responder as informações complementares solicitadas, além de não apresentar a documentação comprobatória.

Aduzem restar comprovada, que a sistemática utilizada pela fiscalização foi criteriosa e consistente, ao contrário do que alega o contribuinte em sua defesa, pois, somente após a análise minuciosa do Relatório Analítico e das características essenciais dos serviços oferecidos, foram excluídos os códigos cujos serviços não estão no âmbito da tributação pelo ICMS. Frisam que o próprio contribuinte comprova a sua assertiva, ao explicitar as características dos relatórios sintéticos e analíticos em sua defesa às fls. 3291 a 3293 dos autos.

Ressaltam ainda que, de maneira casuística e contraditória, o contribuinte tenta desqualificar os seus Relatórios Sintéticos e Analíticos, pois, em outras manifestações, inclusive dentro da própria defesa (fls. 3294 – item 26 e fl. 3296 – itens 36 e 37), quando afirma que são documentos fundamentais e imprescindíveis, os quais serve de suporte para elaboração do DAICMS, oportunidade em que reproduziram à fl. 3410 o teor das alegações contidas nos referidos itens.

Com relação às diferenças apuradas entre o Relatório Analítico e DAICMS, os autuantes esclareceram que o contribuinte teve no curso da fiscalização, diversas oportunidades de expor suas justificativas e de apresentar a documentação comprobatória para suprimir a ação fiscal (ver intimações às fls. 51 a 53 e 94/95).

Segundo os autuantes, em todas as intimações acima citadas, foi solicitado do contribuinte que os valores totais lançados no Relatório Sintético devem estar de acordo com os valores totais lançados no Relatório Analítico, bem como com os valores lançados nos livros e registros fiscais e que qualquer divergência deveria ser explicada, conciliada e suportada por documentos.

À fl. 3411, os autuantes fizeram um breve relato dos fatos ocorridos no curso da ação fiscal, em que foram expedidas cinco intimações ao autuado, as quais não foram atendidas, salvo em relação uma correspondência recebida em 30/07/2003, a qual foi subscrita pelo Sr. Henrique Oliveira, onde o mesmo justifica que “As divergências encontradas nos valores totalizadores entre os relatórios sintéticos e analíticos são referentes aos Descontos por Reclamação, e que não foram guardados em arquivo, mas que não comprometem a veracidade dos relatórios e nem os recolhimentos feitos na época” (ver fl. 113). Dizem que o preposto da empresa não apresentou nenhum documento ou relatório em apoio a sua alegação, o que ensejou a lavratura do Auto de Infração.

Sobre a alegação do autuado, de que a divergência entre o Relatório Analítico e o DAICMS se refere a Descontos Incondicionais concedidos a seus clientes, de acordo com a sua descrição à fl. 3314, item 125, esclarecem que tal alegação contradiz com a informação anteriormente prestada pela empresa a fiscalização. Segundo os autuantes, tal atitude demonstra grande contradição e oportunismo do autuado, com o intuito único de confundir os fatos, já que descontos por reclamação e descontos incondicionais têm conceitos diferentes, os quais não podem ser confundidos.

Ainda com relação aos descontos incondicionais e para descaracterizar de vez por todas as alegações defensivas no tocante à infração 1, esclarecem que no Relatório Analítico elaborado pelo autuado e utilizado pela fiscalização para confrontação com o DAICMS, tais descontos já estão abatidos do valor tributável, motivo pelo qual utilizaram os valores líquidos a tributar (ver fls. 160, 1399 e 1408), oportunidade em que demonstraram com um exemplo às fls. 3412/3413, o procedimento do autuado relativo ao mês de fevereiro/98.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, os autuantes entendem ser desnecessária, pois todos os valores e documentos que suportam as infrações encontram-se acostados aos autos, além do que o RPAF, em seu art. 147, dispõe que deverá ser indeferido, quando o pedido se enquadrar na regra contida em suas alíneas “a” e “b”.

Com referência as alegações defensivas do item 3, os autuantes esclareceram que os aluguéis de bens móveis e equipamentos de comunicação, a exemplo de Moldem, Chave Seleccionadora, Circuito Integrado, Unidade de Derivação, Micro Estação e outros, estão dentro do campo de incidência do ICMS, pois, estão totalmente associados e vinculadas ao serviço de telecomunicação prestado pelo autuado, os quais são imprescindíveis para que ocorra a efetiva comunicação entre dois pontos. Frisam que sem tais equipamentos, oferecidos pelo autuado aos seus clientes, não haveria nenhuma possibilidade de ocorrer à prestação do serviço de comunicação.

Asseveram que o autuado utiliza-se do artifício de segregar, em suas faturas enviadas aos seus clientes, o serviço de telecomunicação prestado, na tentativa de dissociar tal serviço dos equipamentos oferecidos e utilizados para concretização dos mesmos.

Transcrevem às fls. 3414 a 3422, o entendimento da DITRI – Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA, em resposta a uma consulta sobre a incidência de ICMS na chamada “locação de equipamentos” para prestação de serviço de telecomunicações por empresa de telefonia fixa, de opinião de advogado sobre a locação de bens móveis e da Orientação Jurisprudencial da Comarca de Santos de nº 27.430-01, bem como de tributarista que indicou.

Ressaltam que nas Demonstrações Contábeis Consolidadas do autuado, toda a sua receita é declarada como sendo de “Receita de Serviços de Telecomunicações”, ou seja, não há nenhuma menção a qualquer outro tipo de receita, como de locações, aluguéis e similares.

Em razão do acima exposto, entendem que no que se refere a “aluguéis de bens móveis e equipamentos” e “instalações de equipamentos”, é óbvio que os mesmos não são alheios à incidência do ICMS, além de não fazerem parte da lista de serviços do ISS, portanto, deve o autuado recolher o imposto sobre tais operações.

No tocante as alegações defensivas do item 4, relacionado a prestação de serviços de comunicação a entidades e órgãos isentos, informam que o RICMS-BA, em seu art. 31, IV, é bastante claro, de que tais operações são isentas do ICMS, oportunidade em que transcreveram os seus teores.

Aduzem, com base no RICMS e a partir dos relatórios fornecidos pelo autuado, que procederam à exclusão de todos os valores faturados para órgãos da administração pública estadual direta, suas fundações e autarquias. Afirmam que após analisarem os relatórios analíticos do autuado, relativamente aos exercícios de 1998 a 2000, não encontraram nenhum faturamento para consulados ou representações de organismos internacionais e que a maioria das empresas constantes nos referidos relatórios são entidades privadas, que não gozam de nenhum tipo de benefício fiscal (ver. Fls. 163 a 383).

Acerca dos faturamentos para entidades tidas como isentas como alega o autuado, dizem que não foi juntada pela defesa e nem entregue a fiscalização nenhuma documentação comprobatória em apoio ao alegado. Frisam que o autuado deixou de anexar as cópias das Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicação, emitidas para órgãos, entidades ou clientes que gozam do benefício da isenção, apesar de ter sido intimado em várias oportunidades (ver intimações às fls. 51, 52, 53, 54, 95, 96, 97, 102 e 103).

Com referência à prestação de serviços de comunicação a outras empresas do mesmo ramo, dizem ratificar a infração, já que obedeceram ao disposto no Convênio nº 126, em sua Cláusula Décima, oportunidade em que transcreveram o seu teor, em apoio ao seu argumento.

À fl. 3425 a 3426, os autuantes transcreveram algumas restrições previstas na Cláusula Décima do Convênio acima citado, com relação ao diferimento do imposto.

Ainda em relação à infração 5, em que o autuado quer fazer crer que os valores lançados no seu Relatório Analítico referem-se a receitas sobre interconexão de rede, em que a cessionária não se constitui em usuário final e esteja prestando serviços públicos, esclarecem que o autuado deveria ter juntado em sua defesa a conciliação entre os DETRAF's e o seu Relatório Analítico, em que demonstrasse que todos os valores ali lançados estão suportados nos DETRAF's e amparados pelo benefício do diferimento previsto no Convênio 126.

Quanto à outra alegação do autuado acerca do item 05, segundo a qual “o ICMS supostamente devido em cada prestação de serviço deverá ser partilhado igualmente entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação envolvidas no suposto tráfego comunicativo”, dizem que “o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, conforme dispõe o CPC.

Asseguram que o autuado, mais uma vez, não anexou nenhum Relatório Fiscal/Contábil ou qualquer outro documento capaz de evidenciar suas alegações e elidir a ação fiscal, fato que demonstra a inconsistência de sua impugnação.

Acerca das alegações defensivas do item 6, os autuantes dizem que a impugnação está suportada em palavras jogadas ao vento com o intuito único de trazer confusão aos fatos, uma vez que o autuado possui inscrição estadual única dentro do Estado da Bahia, circunstância que obriga a mesma a escriturar todos seus documentos fiscais e contábeis de forma centralizada.

Esclarecem que por diversas vezes intimaram o autuado (ver fls. 51, 52, 53, 54, 94 e 95), para apresentar a conciliação das divergências apuradas em seus relatórios, com a devida documentação comprobatória, sendo que o desdém as intimações foi à resposta que a fiscalização obteve.

Salientam que no curso da ação fiscal, o autuado não mencionou a possibilidade de que as divergências entre seus relatórios fossem oriundas de apuração de relatórios paralelos das suas filiais em Ilhéus e Vitória da Conquista, além do que em sua impugnação nada foi anexado, para comprovar as suas alegações.

Sobre as infrações 07 e 08, os autuantes, fizeram, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, descreveram os termos da autuação, a qual foi fundamentada nos arts. 93, II, § 1º, II e 100, I, cujos teores reproduziram.

De acordo com os autuantes, os artigos acima citados são bem claros quando estabelecem o direito ao crédito fiscal do ICMS nas aquisições de serviço de energia elétrica e de comunicação, além de impor condições para a manutenção dos mesmos. Alegam restar inconteste, que a utilização de tais créditos está condicionada a saídas tributadas e, havendo qualquer tipo de operação ou prestação subsequente “isenta” ou “não tributada”, o contribuinte deverá efetuar o estorno do crédito utilizado. Dizem não poderem acatar a alegação do autuado, segundo o qual os serviços por ele lançados como “isentos” e “não tributados” não se referem a serviços de telecomunicações e por isso não devem ser considerados para efeito de estorno dos créditos fiscais do ICMS.

Quanto ao argumento defensivo de que foi autuado anteriormente sobre a mesma matéria e relativo ao mesmo período, esclarecem que na informação fiscal prestada no Auto de Infração nº 279692.0003/02-8, optaram pela exclusão de todos os valores lançados a título de estorno de crédito, visto que estavam em andamento a fiscalização das receitas referentes aos exercícios de 1998 a 2000. Como justificativa, os autuantes informaram que, em razão dos trabalhos não estarem ainda concluídos, não poderiam precisar, exatamente, os valores relativos às operações “isentas” e “não tributadas” do autuado, para efeito de cálculo do coeficiente correto e apuração do crédito fiscal a ser estornado.

Com relação ao método utilizado para a exigência do imposto, os autuantes explicaram à fl. 3432 a forma como o mesmo foi apurado.

Sobre a alegação do autuado de que a fiscalização elaborou o Auto de infração sem zelo, além de ter utilizado dois pesos e duas medidas, ao computar toda receita isenta e não tributada constante em seus relatórios para exigir o imposto e ao mesmo tempo considerar tais receitas como tributadas nas infrações 01 a 06, dizem que os argumentos da empresa não procedem.

Salientam, com base nos Anexos 07, 07-A e 08, que a fiscalização utilizou apenas os valores remanescentes das colunas isentas e não tributadas do Relatório do autuado que não foram considerados tributados, o que cai por terra a alegação defensiva.

Infrações 09, 10, 11, 12 e 13 - Após transcreverem parte dos argumentos defensivos, os autuantes aduziram que o contribuinte foi autuado por não ter efetuado o estorno de crédito fiscal, referente às saídas por transferências, para conserto e reparo de bens de seu ativo permanente, cujo retorno não foi comprovado, apesar de regularmente intimado para fazê-lo (ver intimações às fls. 57 a 93), salvo em relação a alguns bens, os quais foram considerados para fins de dedução da base de cálculo do imposto no curso da ação fiscal.

Em relação às remessas para conserto, frisam que também intimaram o autuado para apresentar as notas fiscais de devolução comprobatórias do seu retorno, cujos retornos comprovados foram abatidos do valor da autuação.

Acerca do argumento defensivo de que o trabalho de fiscalização partiu de sofisma, dizem não proceder, já que o mesmo se pautou na aplicação do disposto nos arts. 100, §§ 2º, 7º e 14, 624, parágrafo único, I, “a”, 3 e 627, §§ 3º, 4º e 5º, III, do RICMS/97, oportunidade em que transcreveram os seus teores para embasar o seu argumento.

Sustentam que o autuado não fez a juntada de elementos comprobatórios para suportar as suas alegações, além de não ter apresentado no curso da ação fiscal os documentos necessários à identificação da data de aquisição dos bens alienados, tais como, controle de ativo fixo ou nota fiscal de aquisição, bem como não comprovou o retorno dos bens transferidos ou remetidos para conserto ou reparo.

Com referência ao precedente administrativo do Estado de S. Paulo, salientam que não se assemelha ao caso em tela, pois não foram desconsideradas as diversas possibilidades legítimas de saídas sem tributação. Afirmam que estornaram apenas os créditos fiscais utilizados nas entradas de bens que posteriormente foram transferidos, remetidos para conserto ou reparos, cujos retornos não foram comprovados, configurando-se, assim, em alienação para efeitos fiscais.

Quanto à alegação de desconsideração do Convênio ICMS nº 105/95, dizem não proceder, pois, o que foi exigido no Auto de Infração, refere-se a estorno de créditos de bens adquiridos para o ativo imobilizado que foram alienados antes de 1 ano, diferentemente das saídas que não são tributadas em obediência ao referido convênio.

Ressaltam que todos os bens alienados tiveram os seus créditos estornados em 100%, já que os mesmos foram considerados com menos de um ano de uso de sua aquisição, haja vista que a empresa não apresentou nenhum documento (nota fiscal de entrada ou controle de ativo fixo), que possibilitasse identificar a data de sua compra, para que fossem excluídos os estornos de créditos dos bens adquiridos antes de 11/12/96, anterior ao direito de crédito disciplinado na Lei Complementar nº 87/96 ou aplicado o estorno sobre o valor residual de acordo com o art. 100, § 10º, do RICMS/BA.

Asseveram que a utilização da metodologia acima, em nenhum momento pode ser tratada como suposição ou ficção, conforme alegado pela defesa, já que o autuado se recusou a atender as

intimações para apresentação das notas fiscais de entradas e controle de ativo fixo que possibilitasse a verificação da data de aquisição dos bens alienados.

Em relação à alíquota utilizada, esclarecem que aplicaram a de 7%, já que à quase totalidade das aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado foram oriundos da região Sudeste, cuja alíquota para operações interestaduais é também de 7%, portanto, não contrariaram o disposto no art. 142, do CTN, fato que beneficiou o autuado, tendo em vista que poderia ter sido utilizada alíquotas de 12%, 17% ou 27%, o que resultaria num valor bastante superior ao exigido.

Infração 14 - Após transcreverem parte dos argumentos defensivos, os autuantes concordaram, em parte, com os mesmos, em relação às Notas Fiscais n^{os} 2772, 1022, 1023, 1024, 1026, 1494 e 1495. Para tanto, elaboraram a fl. 3443 uma planilha, com os valores do imposto remanescente num total de R\$2.118,64.

Sobre as demais notas fiscais, mantiveram a autuação, já que nas mesmas foram consignadas como natureza da operação “venda de sucata”.

Infração 15 - Antes de procederem à contestação, os autuantes fizeram à fl. 3444 um resumo das alegações defensivas.

Sobre a autuação, disseram que a infração em questão refere-se a fatos geradores do período de abril a setembro/98, quando a TELEBAHIA efetuou repasse dos valores relativos aos serviços de longa distância internacional – DDI ao autuado – códigos 256 e 257, os quais foram cobrados pela empresa repassadora dos seus clientes, cujos valores foram extraídos do relatório elaborado pelo autuado (DETRAF – entidade 71 – TELEBAHIA, referência R-CEC868-04 – Tráfego Internacional) anexado aos autos às fls. 3088/3280.

Sustentam que as alegações defensivas resumem-se na tentativa de descaracterizar a empresa de exploradora do serviço de longa distância internacional, ao imputar a responsabilidade às operadoras locais, no caso a TELEBAHIA, tudo com o objetivo de se eximir do pagamento do ICMS incidente sobre o referido serviço.

Salientam que à época dos fatos geradores, a concessão e exploração dos serviços de longa distância internacional – DDI eram de exclusividade do autuado, cabendo a TELEBAHIA, por força de determinação dos órgãos reguladores dos serviços de telecomunicações, apenas o faturamento e a cobrança junto aos clientes, para fins de repasse ao mesmo, conforme contrato de Co-faturamento firmado entre as partes.

Esclarecem que com o processo de privatização das telecomunicações, foram implementadas mudanças profundas na estrutura e regulamentação do referido setor a partir do exercício de 1998, cujas alterações geraram e geram, ainda hoje, interpretações divergentes sobre diversos pontos entre as empresas que operam no referido seguimento, sobretudo no que diz respeito à tributação do ICMS no STFC – Serviço Fixo Comutado de Longa Distância Internacional.

Aduzem que antes de rebaterem as alegações do autuado, entendem ser necessário fazer um breve retrospecto sobre a reestruturação implementada. Para tanto, os autuantes transcreveram a fl. 3446 algumas das normas editadas, quer em nível de Lei, de Decreto e de Resolução.

Com relação às alegações defensivas, os autuantes assim se pronunciaram:

a) No que se refere à citação feita a Portaria n^o 1.149/74, esclarece que a mesma foi revogada em 1988 e, por não está em vigor, não serve para justificar ou ajudar na conclusão de que o autuado não prestava o serviço DDI;

b) Quanto a Portaria n^o 525/88, os autuantes transcreveram à fl. 3447 parte do seu teor e disseram que da simples leitura do seu texto, chega-se à conclusão de que a mesma não definia que a EMBRATEL

“continuasse cabendo a cessão onerosa de meios físicos”, muito pelo contrário, definia claramente que a mesma cabia explorar serviços públicos, tanto que destaca os internacionais existentes à época, como telex, comunicação de dados, inclusive os telefônicos interestaduais e internacionais;

c) Com relação à interpretação dada pelo autuado ao art. 21, da Resolução nº 33, da ANATEL, aduzem restar claro que o mesmo tenta induzir a erro, bastando, para tanto, observar o que determina a alínea “a”, do seu art. 21, o qual foi transcrito de forma “errada”, oportunidade em que transcreveram o teor correto do referido dispositivo. Frisam que o objetivo da ANATEL foi no sentido de que as operações de faturamento e cobrança realizadas gratuitamente por ocasião em que as empresas pertenciam ao mesmo grupo econômico (TELEBRAS), não fossem interrompidas em função da concorrência, o mesmo ocorrendo em relação as operações como elaboração de DETRAF, a qual era feita exclusivamente pela EMBRATEL para todas as operadoras, que continuariam a ser gerados gratuitamente até 31/12/99;

d) Aduzem, com base nas determinações do art. 23, da Resolução nº 33, da ANATEL, foi firmado um contrato de “co-faturamento” entre a operadora local (TELEBAHIA) e a EMBRATEL, através do qual se evidencia em seu objeto, de forma cabal, que as atividades desenvolvidas pela primeira era a cobrança, a arrecadação e o repasse dos valores à segunda. Citam entendimento da GECOT/DITRI, com relação ao contrato de co-faturamento, cuja cópia do parecer consta às fls. 155/158 dos autos, além de transcrever decisões exaradas por órgãos administrativos colegiados de outras unidades da Federação.

Às fls. 3450 a 3453, os autuantes fizeram uma abordagem acerca de como funciona a prestação de serviço telefônico fixo comutado, na modalidade longa distância internacional – DDI, de como era efetuada a cobrança junto aos usuários, bem como sobre a divisão das receitas.

Esclarecem que o autuado, com base nas normas emanadas da TELEBRÁS, elaborou o documento DETRAF referência R-CEC868-04 – Tráfego Internacional, entidade 071 – TELEBAHIA, cobrando os valores referentes ao repasse de receitas dos códigos 256 (internacional telecard), no período de abril a setembro/98, através do qual foi exigido o imposto sobre as referidas receitas (ver fls. 3086/3280).

Prosseguindo em sua informação, os autuantes às fls. 3453, fizeram uma abordagem acerca do formulário 20F da EMBRATEL, cujo formulário por determinação legal do mercado americano, é obrigado o seu preenchimento por parte do autuado, através do qual deve ser relatada a descrição detalhada de suas atividades.

Também às fls. 3453 a 3455, os autuantes descreveram o perfil da empresa TELEBRÁS, que era a principal fornecedora de serviços públicos de telecomunicações no Brasil, bem como do autuado, desde a sua fundação no ano de 1965.

Por fim, em relação à infração 15, os autuantes disseram que diante do exposto e da confissão textual do autuado constante nas informações prestadas no relatório destinado aos acionistas da empresa, não restar a menor dúvida que a obrigação passiva para o recolhimento do ICMS nos serviços de longa distância internacional é do autuado, pelo que mantêm a autuação.

Ao concluírem, esperam o julgamento pela procedência total dos itens 01 a 13, 15 e parcial do item 14.

VOTO

Inicialmente, não acato o argumento defensivo, para que seja declarada nula as infrações 4, 5 e 6, pois, não fundamentado.

Com relação ao argumento do autuado da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 126/98, o qual foi utilizado pelos autuantes para embasar uma parte da autuação, ressalto não caber a este CONSEF a sua apreciação, consoante dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

Quanto à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento, relativamente aos fatos geradores anteriores ao mês de outubro/98, em razão de ter tomado ciência do Auto de Infração em 06/10/2003, não merece o meu acolhimento.

É que o art. 107-A, em seu inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), estabelece que o direito da fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso desta autuação, por se reportar uma parte a fatos geradores do exercício de 1998, o prazo para a contagem iniciaria em 01/01/99, cujo prazo final se daria em 31/12/2003.

Como o lançamento ocorreu em 30/09/2003, portanto, obedeceu ao prazo decadencial, o que cai por terra o argumento do autuado.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, observei que o autuado ao impugnar o lançamento fiscal, apenas fez a juntada em sua defesa dos documentos de fls. 3387 a 3400, para elidir a infração 14.

Quanto às demais infrações impugnadas, não foram anexados pela defesa nenhum demonstrativo, levantamento ou qualquer documento em apoio aos seus argumentos.

De acordo o disposto no art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhadas das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Da interpretação do dispositivo acima, constata-se que o autuado em relação às demais infrações impugnadas, não observou a regra nele contida, já que não anexou nenhum demonstrativo, levantamento ou qualquer documento em apoio aos seus argumentos.

Ressalto, ainda, que o autuado ao se defender das infrações 01 a 06, 07 e 08 e 9 a 13, o fez de forma conjunta, ao invés de fazê-la individualmente, como é de praxe em situações idênticas a esta lide.

Com relação à afirmativa do autuado, segundo a qual no período que esteve sob ação fiscal não deixou de fornecer as informações necessárias para que os autuantes pudessem ter pleno conhecimento dos produtos por ele oferecidos, esclareço não ser verdadeira.

É que ao compulsar os autos às fls. 94, 95, 97, 98, 99 a 101 e 103 a 104, constatou este relator que foram expedidas pelos autuantes várias intimações ao autuado, para que fossem atendidas as solicitações nelas contidas, as quais não foram cumpridas pela empresa, fato que comprova o seu descaso para com a fiscalização estadual.

Prestados os esclarecimentos acima, analisarei a seguir, as infrações que foram imputadas ao autuado:

Infração 1 - Para apuração do imposto, os autuantes consideraram a diferença existente entre os valores consignados no DAICMS e o Relatório Analítico – IMP946R1, cujo demonstrativo encontra-se à fl. 160 dos autos.

Em sua defesa, o autuado alegou que tal diferença refere-se a descontos incondicionais dados aos seus clientes, cuja afirmativa foi rebatida pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, sob o argumento de que os mesmos foram deduzidos nos próprios relatórios de autoria do autuado (ver. fls. 1398 e seguintes).

Desse modo, não posso acatar o argumento defensivo e por não ter sido a receita oferecida à tributação pelo ICMS, considero correta a exigência fiscal.

Infração 2 - Na apuração do imposto (ver demonstrativo à fl. 161), os autuantes tomaram como base as diferenças entre os valores oferecidos indevidamente à tributação pelo ISS, lançados nos relatórios de Faturamento Analítico - IMPR608 e o Sintético - IMP71R01.

Em razão das diferenças apuradas, os autuantes intimaram o contribuinte para justificar as divergências apuradas com a devida documentação comprobatória, o que não foi atendido, o que impossibilitou identificar a que serviços se referiam tais receitas.

Em sua impugnação ao lançamento, o autuado alegou que pelo fato de efetuar recolhimentos do ISS para três municípios, o que enseja para cada um desses a geração de um Relatório Analítico (IMP9301), fica fácil compreender que a suposta diferença apurada pelos autuantes se deve ao fato de que na coluna “Valor Isento” do referido relatório por eles utilizados constar somente os valores submetidos à tributação pelo ISS recolhidos ao município de Salvador, ao passo que na coluna “Valor Isento” do Relatório Sintético (IMP71R01) estão consignados os valores recolhidos para todos os municípios.

Não posso acatar o argumento defensivo para elidir a autuação, já que o autuado não fez a juntada em sua defesa de nenhum documento para comprovar o alegado, além do que os autuantes em sua informação fiscal disseram que não foi possível identificar a que tipos de serviços se referiam às receitas auferidas pelo autuado, apesar do mesmo ter sido regularmente intimado para tal, razão pela qual mantenho a exigência fiscal.

Infração 3 - Para dar suporte a autuação, os autuantes elaboraram um Demonstrativo (fl. 162 dos autos), cujos valores foram obtidos do Relatório de Faturamento Analítico - IMPR933 e relativos a serviços de telecomunicações prestados pelo autuado, os quais foram lançados como não tributados pelo ICMS.

Entenderam os autuantes, com base no Convênio ICMS 69/98, que os referidos serviços são tributados pelo ICMS.

Em sua defesa, o autuado alegou tratar-se de descontos incondicionais concedidos a seus clientes, sem, no entanto, ter anexado qualquer prova em apoio ao alegado, o que não elide a autuação, devendo, por isso mesmo, ser mantida a exigência fiscal.

Infração 4 - Como prova da irregularidade, foram anexados aos autos pelos autuantes às fls. 163 a 383, os Demonstrativos das Receitas Tributadas pelo ICMS, consideradas como não tributadas, onde estão listados os valores individuais faturados para cada cliente do autuado.

Em sua impugnação, o autuado alegou que as receitas auferidas referem-se:

- I - a serviços prestados a pessoas jurídicas que gozam do benefício da isenção;
- II - a caso de diferimento do ICMS, em virtude dos Convênios ICMS nºs 04/89 e 126/98;
- III - a serviços que não são caracterizados como serviços de comunicação e que também não estão sujeitas à tributação pelo ISS, como é o caso do provimento de capacidade satelital ou aluguel de bens imóveis.

Não posso aceitar tal alegação, haja vista, com base nos demonstrativos acima citados, que os clientes do autuado neles listados, dizem respeito a empresas privadas, órgãos federais, bancos privados e oficiais, empresas de televisão, além de outras, cujas prestações de serviços de telecomunicações são tributadas pelo ICMS.

Quanto a outros serviços, tipo “capacidade satelital” e aluguel de imóveis, os quais, segundo o autuado, não incidem o ICMS, bem como o ISS, entendo que a alegação defensiva também não elide a

autuação, já que o autuado não trouxe em sua defesa nenhuma prova em apoio ao seu argumento, pelo que mantenho a exigência fiscal;

Infração 5 - Para apuração do imposto devido foi anexada aos autos pelos autuantes os Demonstrativos de fls. 384 a 468, cujas receitas foram extraídas do Relatório de Faturamento Analítico - IMP930R1, as quais foram oferecidas pelo autuado à tributação do ISS.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, já que pela descrição dos serviços listados nos demonstrativos acima, a exemplo de instalação, armazenamento, assinatura permanente, modem, dentre outros, os mesmos estão no campo de incidência do ICMS, já que sem a disponibilização dos referidos serviços aos seus clientes, é impossível a prestação de serviços de telecomunicações.

Ressalto que o entendimento acima, foi com base na resposta de uma consulta formulada pela IFEP – Inspeção Especializada a DITRI/GETRI (ver fls. 149 a 154), sobre a incidência do ICMS na chamada “locação de equipamentos” para prestações de serviços de telecomunicações por empresa de telefonia fixa.

Segundo a subscritora do parecer supra, com base em dispositivos da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96, nas Leis nºs 7014/96 e 9472/97, em entendimento de tributarista e em decisão do Conselho Estadual de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Espírito Santo, “não restam dúvidas que o serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, estando inserida entre essas atividades a disponibilização dos equipamentos para transmissão de dados”.

Com base no acima exposto, considero caracterizada a infração.

Infração 6 – Como suporte para a exigência do imposto, os autuantes elaboraram os Demonstrativos de fls. 470 a 490, cuja receita foi extraída do Relatório de Faturamento Analítico (IMP930R1), a qual foi oferecida à tributação do ISS pelo autuado.

A exemplo da infração anterior, também razão não assiste ao autuado, uma vez que se trata de receita oriunda do aluguel de equipamentos do tipo modem, microestação, “VSAT”, facilidade, entre outros, todos tributados pelo ICMS, haja vista que os mesmos são imprescindíveis na prestação de serviços de telecomunicações por parte da empresa, motivo pelo qual mantenho a autuação.

Infrações 7 e 8 - Dizem respeito a falta de estorno de crédito fiscal apropriado em sua totalidade, referente às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, em decorrência do contribuinte realizar prestações de serviços de telecomunicações considerados isentos e não tributados pelo ICMS.

Como prova das infrações, foram juntados aos autos pelos autuantes às fls. 491 a 494 os demonstrativos de cálculo do ICMS devido e que não foram objeto de estorno por parte do autuado.

Ao se defender da acusação, o autuado alegou que as infrações que lhes foram imputadas não poderia ter sido arroladas pelos autuantes, pelo fato das mesmas terem sido objeto de lançamento anterior, através do Auto de Infração nº 279692.0003/02-8.

Em relação a tal alegação, esclareço não proceder, já que os autuantes quando prestaram a sua informação fiscal acerca do Auto de Infração acima, solicitaram que as exigências fossem excluídas da autuação, a qual foi acatada pelo relator do PAF quando do seu julgamento pela 2ª JFJ deste CONSEF.

Quanto à outra alegação do autuado, segundo a qual os autuantes para exigir imposto nas infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, utilizaram o valor das receitas da empresa declaradas como isentas e não tributadas pelo ICMS e ao proceder o cálculo dos estornos nas infrações 7 e 8, consideraram também essas mesmas receitas, entendo sem nenhum fundamento. É que os autuantes quando prestaram a sua informação

fiscal disseram que não tem procedência, tal afirmação, pois utilizaram, apenas, os valores remanescentes das colunas isentas e não tributadas consignadas no seu relatório e não oferecidas à tributação pelo ICMS, fato que pode ser comprovado através dos Anexos 07, 07-A e 08 (fls. 491 a 494 dos autos).

Para comprovar a assertiva dos autuantes, achou por bem este relator compulsar os Demonstrativos de Cálculos do Coeficiente de Estorno do Crédito (fls. 492 e 493), através do qual foi constatado que os valores neles consignados como receitas isentas e não tributadas, são em valores inferiores aos que serviram de base de cálculo utilizada pelos autuantes para exigir o imposto nas infrações 1 a 6. A título exemplificativo, tomo como base a receita do mês de janeiro/98 no valor de R\$15.266,97, enquanto o somatório da base de cálculo das infrações 1 a 6 totalizou a importância de R\$718.803,96, não procedendo, portanto, o argumento defensivo.

Com referência a autuação, razão não assiste ao autuado, já que ao se apropriar em sua totalidade dos créditos fiscais relativos às aquisições de energia elétrica e de serviços de comunicação, contrariou o disposto nos arts. 93, II, § 1º e 100, todos do RICMS/97, pelo que mantenho as exigências.

Infrações 9 a 13 - Reportam-se a falta de estorno de créditos fiscais anteriormente apropriados quando das operações de aquisições dos bens para integrar o ativo permanente, os quais foram objeto de saídas a título de remessa para conserto, empréstimo, transferências para outros estabelecimentos da mesma empresa situados em outras unidades da Federação e de outras saídas, sem a incidência do ICMS, cujos retornos não foram comprovados.

Para apuração do imposto apropriado e não estornado, os autuantes elaboraram às fls. 1685 a 1690, 1963 a 1964, 2168 a 2177 e 2742 a 2748 os demonstrativos para cada uma das infrações.

Em sua defesa, o autuado alegou inexistir as infrações, na medida em que não ficou comprovada a desincorporação ou baixa no seu livro de controle do ativo permanente, notadamente o CIAP e a conseqüente “alienação”.

Não concordo com a alegação defensiva, pois, os autuantes expediram uma intimação ao autuado, cuja ciência ocorreu em 16/07/2003, para que fosse comprovado o retorno dos bens ao estabelecimento, no entanto, não foram atendidos, a despeito de entre a data da intimação e da lavratura do Auto de Infração haver decorrido 74 dias.

Ora, se não ocorreu o retorno dos bens ao estabelecimento autuado, cujo prazo previsto no art. 627, § 3º, do RICMS/97, é de 180 dias a contar da sua saída, a dedução lógica é de que os mesmos foram vendidos ou transferidos em definitivo a seus destinatários.

Ademais, no Direito Tributário, diferentemente dos demais ramo do direito, o ônus da prova cabe ao sujeito passivo.

Quanto à alegação do autuado, em que discorda da alíquota de 7% utilizada para o cálculo do estorno, entendo não proceder, pois, diante da impossibilidade de identificar as respectivas notas fiscais de entradas dos bens adquiridos e que foram objetos de saídas, os autuantes optaram em aplicar a referida alíquota, haja vista que a maioria das aquisições foi oriunda dos Estados da região sudeste, cuja alíquota aplicável é a acima citada para tais operações.

Ressalto que o autuado, se assim desejasse, poderia elidir parcial ou em sua totalidade as infrações imputadas, fazendo a juntada em suas razões de defesa, das cópias do documento denominado de CIAP – Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente e dos respectivos demonstrativos, para comprovar que os bens saídos do seu estabelecimento teriam sido adquiridos antes da vigência da Lei Complementar nº 87/96, quando a legislação do ICMS não permitia a apropriação dos créditos sobre as entradas de mercadorias para o ativo permanente.

Com base na explanação acima, considero correta a exigência fiscal relativa às infrações 9 a 13 e mantenho a autuação, a qual tem respaldo legal no art.100, § 7º, I e II, do RICMS/97.

Infração 14 - Foi exigido imposto, pelo fato do autuado haver realizado venda de sucata, sem oferecê-la à tributação do ICMS.

Ao se defender da imputação, o autuado alegou tratar-se de operações de desincorporações de bens do seu ativo permanente, com mais de um ano de uso em seu estabelecimento, cujas operações não incide o ICMS, argumento que foi acatado em parte pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, relativamente ao imposto cobrado sobre as Notas Fiscais n^{os} 2772, 1022, 1023, 1024, 1026, 1494 e 1495.

Quanto ao valor do imposto remanescente da infração de R\$2.118,64 indicado pelos autuantes e após examinar as notas fiscais correspondentes, entendeu este relator que deve ser também excluído da autuação o imposto cobrado relativamente às operações realizadas pelo autuado através das notas fiscais n^{os} 3373, 3374, 3387, 3390 e 1854, pois, se referem a vendas de bens do ativo permanente (móveis e utensílios, ferramentas).

Com relação às demais notas fiscais, constatei que se tratam, efetivamente, de venda de sucata, cuja operação, de acordo com o art. 1º, I, do RICMS/97, é tributada pelo ICMS.

Após as correções acima, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no montante de R\$1.272,99, conforme demonstrativo a seguir:

Mês/ano	Nota Fiscal	Base de Cálculo	Aliq	Valor do ICMS
09/98	3375	469,80	17%	79,87
09/98	3376	500,00	17%	85,00
09/98	3388	300,00	17%	51,00
09/98	3389	1.900,00	17%	323,00
Total	-	3.169,80	-	538,87
07/99	929	1.000,00	17%	170,00
07/99	941	250,00	17%	42,50
07/99	942	500,00	17%	85,00
Total	-	1.750,00	-	297,50
01/00	1524	662,22	17%	112,58
Totais	-	662,22	-	112,58
04/00	1855	331,30	17%	56,32
04/00	1856	181,20	17%	30,80
04/00	1857	515,73	17%	87,67
04/00	1958	466,84	17%	79,36
04/00	1959	411,06	17%	69,88
Total	-	1.906,13	-	324,04

Infração 15 - Originou-se da falta de recolhimento do ICMS, relativo a receitas de prestações de serviços de telecomunicações oriundas de ligações internacionais, fatos ocorridos nos meses de abril a setembro/98.

Em sua impugnação, o autuado tenta eximir-se da responsabilidade pelo pagamento do imposto devido sobre os serviços prestados e oriundos de ligações internacionais – DDI, atribuindo tal obrigação à empresa TELEBAHIA, cuja participação, por força contratual, foi tão somente a de faturar e cobrar o valor das ligações recebidas dos seus assinantes e repassá-los ao autuado.

De acordo com o Parecer GECOT/DITRI às fls. 155/157 dos autos, acerca do contrato firmado entre o autuado e a TELEBAHIA, entendeu a sua subscritora, com a qual concordo, após uma explanação convincente, com base em dispositivos do CTN, da Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro, bem como em decisões do Conselho de Contribuintes de outros Estados, que não é possível

caracterizar-se a solidariedade passiva da segunda, no tocante aos serviços de telecomunicação internacional prestados pelo primeiro, face à inexistência de norma legal expressa ou de interesse comum na situação que constitua fato gerador do ICMS.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, já que foi o próprio quem prestou os serviços de comunicação de longa distância internacional, cuja prestação é tributada pelo ICMS, conforme dispõe o art. 4º, I e II, §1º, do RICMS/97, pelo que mantenho a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$29.714.731,13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300199.0002/03-3**, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.714.731,13**, sendo R\$28.331.037,13, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “b”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$1.383.694,00 acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR